Les contrats du consommateur - Rapport de droit belge

Texte provisoire

(arrêté au 10 juillet 2007)

Par Ch. BIQUET-MATHIEU,
Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège

Association Henri CAPITANT
Journées colombiennes
Bogota – Carthagène
24 au 28 septembre 2007

1.- Introduction. **–** Comme en témoigne le questionnaire qui nous a été soumis par Monsieur le Rapporteur général, la matière des contrats du consommateur est tout à la fois fort riche et très vaste. Dans le cadre limité du présent rapport, il ne nous sera pas possible d'en aborder tous les contours, ni tous les domaines.

Après avoir situé le cadre général des contrats de consommation (I), nous aborderons quelques thèmes dont nous avons fait choix : les formalités qui jalonnent ci et là la conclusion des contrats de consommation (II), les dispositions de nature à préserver un consentement sain et éclairé dans le chef du consommateur (III), le droit de renonciation qui n'est cependant pas généralisé (IV) et la prohibition des clauses abusives (V).

I. Le cadre général

2. Aperçu des législations applicables.- Les droits communautaire[1] et belge[2] contiennent un nombre important de dispositions spéciales relatives aux contrats de consommation. Même si un certain nombre d'entre elles sont inscrites en droit belge dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, elles ne sont pas regroupées dans un Code de la consommation. Ces dispositions protectrices, qui se superposent aux règles générales du droit interne des obligations et des contrats, ne règlent que certains aspects ou certains types de contrats de consommation. Elles n'appréhendent pas le contrat de consommation de façon globale.

Certains mécanismes de protection sont cependant mis en œuvre de façon transversale, abstraction faite de la nature du contrat de consommation envisagé ou de la façon dont il est conclu ; nous songeons spécialement aux domaines des :

- *Clauses abusives* : art. 31 à 36 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.) – art. 7 à 10 de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales – Directive 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
- *Pratiques commerciales déloyales* : art. 94/4 à 94/17 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.) – Directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

D'autres corps de règles appréhendent les contrats de consommation de façon transversale mais uniquement en fonction de leur mode de conclusion :

- *Contrats négociés en dehors des établissements commerciaux* : art. 86 à 92 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.) – Directive 85/577 du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.
- *Contrats à distance ne portant pas sur des services financiers* : art. 77 à 81 et art. 83novies à 83undecies de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.) - art. 11 à 17 de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité

[1] Pour le droit communautaire, on accédera aux législations consolidées et aux communications de la Commission sur le site http://eur-lex.europa.eu, aux travaux préparatoires et législations en préparation sur le site http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm, aux arrêts de la Cour de justice sur le site http://curia.europa.eu.

[2] Pour le droit belge, on accèdera aux législations consolidées et aux arrêts de la Cour de cassation sur le site http://www.just.fgov.be, aux arrêts de la Cour constitutionnelle, jusqu'il y a peu dénommée Cour d'arbitrage, sur le site http://www.arbitrage.be.

trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales - Directive 97/7 http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=1997&nu_doc=7du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

- *Contrats à distance portant sur des services financiers* : art. 83bis à 83undecies de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.) – Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002**,** concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil.

D'autres corps de règles encore sont propres à certains contrats de consommation, abstraction faite de leur mode de conclusion ; l'on citera notamment les secteurs suivants :

- *Construction d'habitation* : Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction.
- *Courtage immobilier* : Arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers.
- *Courtage matrimonial* : Loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial – Arrêté royal du 18 novembre 2005 relatif au contrat-type de courtage matrimonial.
- *Crédit à la consommation* : Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation - Directive 87/102 du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation – Cette directive sera vraisemblablement remplacée dans un bref délai : *cf*. Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux contrats de crédit aux consommateurs modifiant la directive 93/13/CE du Conseil, COM (2005) 483 final.
- *Crédit hypothécaire* : Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire – Recommandation 2001/193 de la Commission du 1er mars 2001 relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement.
- *Time-sharing* : Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé – Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers. Une proposition visant à remplacer cette directive vient d'être déposée : *cf*. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects de l'utilisation des biens à temps partagé, des produits de vacances à long terme et des systèmes d'échange et de revente, COM (2007) 303 final.
- *Véhicules automobiles neufs* : Arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs
- *Vente et garantie des biens de consommation* : Articles 1649bis à 1649octies du Code civil – Directive 99/44 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.
- *Voyages* : Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages – Directive 90/314 http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=1990&nu_doc=314du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

Les textes communautaires en matière de protection des consommateurs sont actuellement en cours de révision, l'objectif étant tout à la fois de les moderniser et d'assurer entre eux une meilleure cohérence. Dans ce cadre, l'on se reportera au livre vert publié par la Commission

le 8 février 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs[3].

3.- Codes de conduite.- Les codes de conduites et codes de déontologie sont nombreux. Ils émanent tantôt d'opérateurs isolés, tantôt d'associations ou d'ordres professionnels. Il arrive que ces codes soient élaborés par des associations professionnelles en concertation avec des associations de consommateurs, le cas échéant sous l'impulsion et avec le soutien des autorités européennes ou belges. Toute la question réside à l'évidence dans l'effectivité de ces mécanismes d'auto-régulation et de co-régulation.

Au sens de l'article 6, 2, b, de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, le seul fait qu'un professionnel ait méconnu des engagements résultant d'un code de conduite qu'il s'est pourtant engagé à respecter n'est pas constitutif d'une pratique commerciale déloyale ou trompeuse. Pour qu'il puisse être question de pratique commerciale déloyale ou trompeuse et partant d'action en cessation, il faut que le professionnel qui n'a pas respecté le code de conduite auquel il a adhéré *ait lui-même indiqué au(x) consommateur(s) qu'il était lié* par ce code, étant en outre requis que cette violation du code de conduite ait été de nature à tromper le consommateur moyen.

Le législateur belge a par ailleurs adopté le 15 mai 2007 une loi sur les accords de consommation. Au sens des articles 94*quinquies* et suivants intégrés dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, un accord de consommation est un accord conclu à l'unanimité au sein du Conseil de la consommation entre les organisations de consommateurs et les organisations professionnelles en vue de régir les relations entre professionnels et consommateurs concernant la vente de produits ou de services ou de catégories de produits ou de services. La méconnaissance d'un accord de consommation par un professionnel relevant d'une association professionnelle signataire ou adhérente ou même, si l'accord a été étendu par arrêté royal, la méconnaissance d'un accord de consommation par un professionnel relevant tout simplement d'un secteur concerné est considérée comme un acte contraire aux usages honnêtes et peut partant donner lieu à une action en cessation. Des doutes existent toutefois quant à la conformité de cette loi notamment avec la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales[4].

4.- Effet des directives communautaires. – Au contraire des règlements communautaires, les directives communautaires ne sont pas directement applicables. Pour que les dispositions qu'elle comporte puissent être invoquées à l'encontre d'un consommateur ou d'une entreprise non étatique, la directive communautaire doit au préalable, sous réserve du principe d'interprétation conforme des normes existantes, être transposée par l'Etat membre dans sa législation interne. Pour ce faire, les Etats membres disposent de plus ou moins de latitude. Jusqu'il y a peu, la plupart des directives communautaires prévoyaient une obligation d'harmonisation minimale en laissant aux Etats membres la possibilité d'adopter, dans le respect des principes de libre circulation, des dispositions assurant une meilleure protection aux consommateurs que le seuil minimum prévu dans la directive.

A l'heure actuelle, l'on s'oriente, non sans mal, vers l'adoption de directives dites d'harmonisation maximale. En cas d'harmonisation maximale, il n'est plus en principe permis aux Etats membres d'adopter, ni même de maintenir des dispositions internes plus favorables au consommateur que ce que prescrit la directive. L'harmonisation maximale ou, à défaut

---

[3] COM (2006) 744 final ; on mentionnera aussi l'étude dirigée par le professeur Hans SCHULTE-NÖLKE, *Compendium CE de droit de la consommation – Analyse comparative*, avril 2007, 882 pages, disponible sur le lien http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_fr.htm.

[4] Voy. l'avis rendu par la Commission des clauses abusives en date du 28 février 2007, C.C.A. n° 22, disponible sur le site http://www.mineco.fgov.be.

d'une telle harmonisation, la référence à la loi du pays d'origine pourrait donc conduire à un recul de la protection des consommateurs dans certains Etats membres, dont la Belgique.

5.- Notion de contrat de consommation. **–** Ni le droit européen, ni le droit belge n'appréhendent le contrat de consommation de façon globale. Les dispositions relatives aux contrats conclus par les consommateurs sont éclatées au travers d'un grand nombre de législations communautaires ou nationales. Les concepts utilisés peuvent varier au gré des législations.

De façon générale cependant, l'on peut définir le contrat de consommation comme le contrat qui est conclu entre un professionnel et un consommateur[5].

6.- Notion de professionnel.- Dans la directive 93/13 sur les clauses abusives, le professionnel est défini comme : « *toute personne physique ou morale* qui, dans les contrats relevant de la présente directive, *agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* » (art. 2, c). Les autres directives retiennent une définition plus ou moins analogue du professionnel. La législation belge, en tout cas en matière de clauses abusives, se conforme à cette définition.

Par là, le professionnel peut être aussi bien un indépendant personne physique qu'une personne morale. Il peut même s'agir d'une association sans but lucratif ; la notion d'« activité professionnelle » ne requiert pas en effet, en tout cas selon la jurisprudence belge, un but de lucre[6].

De même, le professionnel peut être aussi bien une entreprise privée que publique, s'agissant par exemple d'une entreprise de transports publics ou d'un fournisseur public d'énergie tels l'eau, le gaz ou l'électricité[7]. Peu importe que la relation entre l'entreprise de services publics et l'usager soit qualifiée de réglementaire[8] ; ainsi en a notamment jugé la Cour Constitutionnelle belge à l'aune des principes d'égalité et de non-discrimination inscrits dans la Constitution[9].

En droit communautaire, la notion de professionnel intègre les titulaires de professions libérales (avocats, notaires, médecins, architectes, …). Le droit belge se singularise à cet égard en laissant les titulaires de professions libérales en dehors du champ d'application de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Le législateur belge a en effet préféré pour ce qui concerne notamment la transposition des directives 93/13 sur les clauses abusives et 97/7 sur les contrats à distance adopter une loi spécifique aux professions libérales : la loi du 2 août 2002 relative à la

---

[5] Il arrive toutefois qu'un consommateur soit spécialement protégé lors même qu'il contracte avec un autre consommateur ; tel est le cas en Belgique en matière de bail de résidence principale ou de crédit hypothécaire immobilier. L'on observera encore qu'il arrive qu'un professionnel soit protégé à l'égard d'un autre professionnel ; tel est le cas pour certains contrats de distribution (agence, concession, franchise, …) ou encore dans les législations visant à lutter contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. L'on quitte cependant alors le domaine des contrats de consommation.

[6] Voy. not. Cass., 11 mai 2001, *R.C.J.B.*, 2004, p. 58, note J. STUYCK ; Cass., 13 septembre 2002, *R.D.C.*, 2001, p. 692, note G. STAETMANS. Ces arrêts ont certes été rendus à propos de la définition du « vendeur » inscrite à l'article 1,6 L.P.C. L'enseignement qui en résulte, à savoir que le but de lucre n'est pas requis pour la définition du « vendeur », vaut *a fortiori* pour la définition plus extensive du « vendeur » en matière de clauses abusives au sens de l'article 31 L.P.C.

[7] Ces deux derniers secteurs étant cependant aujourd'hui libéralisés.

[8] Pour cette qualification, voy. Cass., 4 décembre 2000, qualification qui n'est toutefois pas élisive de l'application de la théorie des clauses abusives comme le souligne l'annotateur de l'arrêt, A. VAN OEVELEN, in *R.W.*, 2002-2003, spéc. p. 1582, n° 9.

[9] Voy. C. Const., 26 octobre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 208, note A. PUTTEMANS ; *D.C.C.R.*, 2006, p. 49, note R. STEENNOT.

publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales. Cette dernière loi ne transpose pas toutefois pour les professions libérales la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

7.- Notion de consommateur.- Dans la directive 93/13 sur les clauses abusives, le consommateur est défini comme : « toute *personne physique* qui, dans les contrats relevant de la présente directive, *agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* » (art. 2, b). On trouve une définition analogue dans d'autres directives même si la formulation, bien que fort proche, est parfois quelque peu différente. Ainsi, dans la directive 85/577 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, le consommateur est défini comme « toute *personne physique* qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, *agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ».

La référence, pour définir le consommateur, à l'« *usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* » est également présente dans les instruments communautaires ou européens de droit international privé comme le Règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire (…) en matière civile et commerciale ou la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Dans le cadre de l'interprétation de ces instruments de droit international privé, la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de préciser que « seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible »[10].

La Cour de justice a adopté la même jurisprudence dans le cadre de l'interprétation de la directive 85/577 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Ce qui importe est le but poursuivi : privé ou professionnel[11]. La qualité de consommateur sera refusée au professionnel même lorsqu'il agit en dehors de la sphère de compétence technique qui lui est propre, c'est-à-dire même lorsqu'il agit en dehors de son domaine de spécialisation[12]. Ce qui importe est le but privé ou professionnel poursuivi. Pour définir la notion de consommateur protégé, le législateur belge a également égard au but poursuivi, privé ou professionnel, abstraction faite du domaine de spécialisation de la personne concernée[13].

Comme cela ressort clairement de leur texte, le consommateur protégé par les directives communautaires est une personne physique ; les personnes morales ne bénéficient pas en conséquence de la protection des directives communautaires. La Cour de justice en a ainsi jugé en matière de clauses abusives[14]. Ni les conclusions de l'avocat général précédant cet arrêt, ni l'arrêt lui-même ne se prononcent sur la possibilité pour un Etat membre d'élargir dans sa législation nationale la notion de consommateur protégé au-delà de ce que prévoient les directives communautaires.

---

[10] Voy. not. C.J.C.E., 3 juillet 1997, C.-269/95, Benincasa.

[11] Voy. C.J.C.E., 14 mars 1991, C.-361/89, Di Pinto ; C.J.C.E., 17 mars 1998, C-45/96, Bayerische Hypotheken.

[12] Ainsi, « Les actes préparatoires à la vente d' un fonds de commerce, tels que la conclusion d' un contrat en vue de la publication d' une annonce dans une revue périodique, sont liés à l' activité professionnelle du commerçant; certes, ils peuvent conduire à mettre un terme à cette activité, mais ils constituent des actes de gestion accomplis en vue de satisfaire des besoins autres que les besoins familiaux ou personnels du commerçant » (C.J.C.E., 14 mars 1991, C.-361/89, Di Pinto).

[13] Voy. P. WERY et G. GATHEM, « Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives dans la loi du 14 juillet 1991 », *in La protection du consommateur*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2006, p. 15, n° 10 et p. 17, n° 13.

[14] Voy. C.J.C.E., 22 novembre 2001, C-541/99 et C 542/99, Idéalservice ; sur cet arrêt, voy. not. L. BERNARDEAU, « La notion de consommateur en droit communautaire », *R.E.D.C.*, 2001, 341.

Le législateur belge a pour sa part décidé, mais en certains domaines seulement - par exemple en matière de clauses abusives, de contrats à distance et de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux - d'élargir la notion de consommateur aux personnes morales - on songe spécialement aux associations sans but lucratif - pour autant cependant qu'elles agissent à des fins excluant tout caractère professionnel. Dès lors qu'une association sans but lucratif peut parfaitement être considérée comme exerçant une activité professionnelle, la notion d'activité professionnelle n'exigeant pas un but de lucre, se pose toutefois la question des hypothèses dans lesquelles une association sans but lucratif pourra être considérée comme agissant à des fins excluant tout caractère professionnel.

Demeure la question de l'usage mixte, à la fois privé et professionnel, du bien ou du service acquis. Dans certains domaines – par exemple, en matière de clauses abusives, de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ou de contrats à distance -, la loi belge précise que le consommateur protégé est celui qui agit « exclusivement » à des fins excluant tout caractère professionnel (art. 1.7 L.P.C.). Dans d'autres domaines en revanche – par exemple en matière de crédit hypothécaire ou de crédit à la consommation, la loi elle-même ou les travaux préparatoires se satisfont d'un but qui n'est que principalement privé lorsque la personne agit à la fois dans un but privé et dans un but professionnel ; il faut cependant alors que le but privé soit prépondérant (art. 1er de la loi relative au crédit hypothécaire ; art. 1, 1, de la loi sur le crédit à la consommation[15]).

8.- Nature des dispositions légales et office du juge. **–** Les dispositions légales visant spécialement à protéger les consommateurs dans les contrats de consommation sont d'ordre public en ce sens qu'il n'est pas permis aux parties d'y déroger *a priori* dans le contrat en défaveur du consommateur.

En vue d'assurer l'effectivité de la protection du consommateur, la Cour de justice des communautés européennes a décidé, en matière de clauses abusives, que le juge peut vérifier d'office si les dispositions protectrices ont été respectées dans le contrat qui lui est soumis ; saisi d'un litige dans lequel un professionnel prétend faire application d'une clause prérédigée, le juge peut ainsi apprécier d'office si la clause invoquée revêt ou non un caractère abusif au sens des dispositions nationales issues de la directive 1993/13[16]. Dans une affaire actuellement pendante, la Cour de justice va être appelée à se prononcer sur l'élargissement de ce pouvoir d'office du juge à d'autres domaines du droit de la consommation, étant là en cause les protections issues de la directive 87/102 en matière de crédit à la consommation[17].

De façon générale, une vision dynamique de l'office du juge est consacrée par la Cour de cassation belge, cela à l'aune de la conception factuelle de la cause. S'agissant même de règles supplétives, « le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; … il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions »[18].

II.- Des formalités qui jalonnent ci et là le processus de conclusion du contrat

[15] Lu à la lumière de l'exposé des motifs, *Doc. parl*., Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/1, p. 2 et 3.

[16] C.J.C.E, 27 juin 2000, C.-240/98, Océano Grupo Editorial ; C.J.C.E, 21 novembre 2002, C.-473/00, Cofidis ; C.J.C.E., 26 octobre 2006, C.-168/05, Mostaza Claro.

[17] Voy. Concl. av. gén. Mengozzi, 29 mars 2007, C.-429/5, Rampion ; dans ses conclusions, l'avocat général prend position en faveur d'une telle extension.

[18] Voy. Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B*, 2005, p. 856, obs. G. de LEVAL; *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE ; adde J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, CUP, vol. 83, Larcier, 2005, p.186 et s.

9.- Un formalisme à géométrie variable.- Les législations consuméristes prescrivent très souvent le respect de formalités sinon pour la conclusion du contrat lui-même, du moins au cours de la période précontractuelle voire après sa conclusion. L'objectif poursuivi par ces formalités n'est pas uniquement et nécessairement de garantir la qualité du consentement du consommateur mais également de lui permettre de se reporter ultérieurement à une sorte de mode d'emploi du contrat intervenu.

La nature de ces formalités éparses et par conséquent leurs sanctions en droit civil n'apparaissent pas toujours clairement ; en dehors des sanctions de droit civil, demeurent cependant l'action en cessation ainsi que le contrôle effectué par les autorités administratives en charge de la protection des consommateurs.

10.- L'exigence, pour constater le contrat, d'un écrit signé comportant un certain nombre de mentions obligatoires.- Un formalisme classique de protection consiste à imposer, par dérogation au principe du consensualisme, que le consommateur exprime son consentement par la signature d'un document écrit en double exemplaire comprenant toute une série de mentions obligatoires, avec en outre le cas échéant l'apposition par le consommateur au dessus de sa signature de mentions manuscrites requises par la loi.

Le droit belge recourt à ce type de formalisme en matière de time-sharing (art. 7 de la loi du 11 avril 1999) et de crédit à la consommation (art. 14 de la loi du 12 juin 1991). Il s'agit bien là d'un formalisme requis pour la validité du *negotium* lui-même puisque son non-respect entraîne soit la nullité du contrat[19], soit la réduction des obligations du consommateur au maximum jusqu'au montant financé (art. 86 de la loi du 12 juin 1991) ; en outre, en matière de crédit à la consommation, si le prêteur remet le bien ou le montant financé au consommateur avant la signature du contrat de crédit, le consommateur est carrément délié de toute obligation de remboursement (art. 89 de la loi du 12 juin 1991).

Le recours à l'écrit comportant un certain nombre de mentions obligatoires est également prévu pour constater d'autres contrats comme les ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur (art. 88 L.P.C.), le contrat de voyage (art. 10 de la loi du 16 février 1994) ou encore le contrat de courtage matrimonial (art. 6 de la loi du 9 mars 1993). Dans plusieurs de ces cas, la nature exacte de tous et chacun des éléments de ce formalisme n'apparaît pas clairement. Il n'est donc pas certain qu'il s'agisse, pour chacun des éléments requis, d'un formalisme exigé pour la validité du *negotium* lui-même plutôt que d'un formalisme de preuve voire d'un formalisme *sui generis*.

A défaut de plus amples précisions dans ces législations, se pose la question de la sanction civile applicable. Par un curieux arrêt du 26 mai 2006 rendu en matière de contrat de voyage, la Cour de cassation belge semble avoir opté pour la sanction de la nullité du *negotium* mais uniquement lorsqu'elle se justifie par la gravité de l'atteinte portée aux intérêts du consommateur ; autrement dit, la sanction de la nullité ne serait pas justifiée par le seul fait que le formalisme requis ou, du moins, chacun de ses éléments n'a pas été respecté.

On ajoutera que depuis la transposition de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, les exigences de forme même requises à titre de validité du *negotium* lui-même, tels l'écrit, la signature ou les mentions manuscrites, peuvent être satisfaites dans l'environnement

[19] En matière de time-sharing, si la nullité est expressément prévue pour l'exigence de l'écrit, la mention prérédigée en caractères gras et le nombre d'exemplaires requis, elle n'est, assez curieusement, pas expressément prévue pour l'exigence de la signature du consommateur et les mentions manuscrites, cela sans que l'on sache s'il s'agit ou non d'une inadvertance du législateur. Quant à l'absence des mentions prérédigées autres que la mention en caractères gras, elle est sanctionnée par un droit de renonciation étendu, qui n'est en réalité qu'une nullité limitée dans le temps. Voy. B. VANBRABANT, *Time-sharing*, Coll. Rép. not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 84 et s., n° 62 et s.

électronique (art. 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information). Est ainsi ouverte la possibilité de conclure par voie électronique les contrats de consommation les plus réglementés. Quelques exceptions strictement limitées sont prévues, s'agissant notamment des contrats de sûretés fournies par des consommateurs mais non des contrats de crédit à la consommation eux-mêmes.

11.- Le recours à la technique de l'offre écrite préalable. - En droit belge, le mécanisme de l'offre écrite préalable, qui ne doit plus qu'être signée par le consommateur pour que le contrat soit formé, a jadis été utilisé en matière de crédit à la consommation. Avant la modification opérée par la loi du 24 mars 2003, la loi du 12 juin 1991 imposait au prêteur de remettre au consommateur préalablement à la conclusion du contrat de crédit une offre écrite individualisée comportant toute une série de mentions obligatoires. Le prêteur était obligé de maintenir son offre durant un délai minimal de 15 jours. Il n'était toutefois pas interdit au consommateur d'accepter l'offre le jour même où elle avait été émise. Il s'agissait de donner la possibilité au demandeur de crédit de solliciter durant le délai de 15 jours une offre auprès de divers prêteurs afin de pouvoir choisir l'offre la plus avantageuse.

Il s'est toutefois avéré en pratique que peu de consommateurs usaient de cette possibilité. Il arrivait en outre que des consommateurs qui avaient obtenu simultanément différentes offres de crédit, au lieu de n'en accepter qu'une seule, s'empressent de signer chacune de ces offres, contractant ainsi un endettement injustifié[20]. Aussi bien l'obligation pour le prêteur d'émettre une offre préalable de crédit avec l'obligation de la maintenir pendant 15 jours a-t-elle été supprimée et remplacée par l'obligation pour le prêteur d'émettre un prospectus décrivant les différents crédits qu'il commercialise et leur taux.

12.- La technique des informations préalables. **–** La notion d'offre et son régime de même que le moment et le lieu de la conclusion du contrat font l'objet de conceptions divergentes dans les droits des Etats membres. Il s'agit de questions sensibles sur lesquelles il n'y a pas encore de consensus au niveau européen. Aussi bien, les directives communautaires se contentent-elles d'imposer la communication d'informations préalables, sans partant exiger que le professionnel soit déjà tenu par les propositions de contracter qu'il émet[21]. Des législations d'inspiration purement nationales recourent également à ce concept d'informations préalables, détachées du contrat lui-même ou de la notion d'offre.

Ainsi, préalablement à la conclusion du contrat, plusieurs législations consuméristes imposent au professionnel de communiquer au consommateur - ou, du moins, de tenir à sa disposition - un certain nombre d' « informations » qu'elles énumèrent. Ces informations légalement

---

[20] Voy. l'exposé des motifs de la loi du 24 mars 2003, *Doc. Parl*., Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 1730/1, p. 4.

[21] L'annexe de la directive 93/13 sur les clauses abusives désigne cependant comme potentiellement abusive la clause qui a pour objet « de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté » (littera c). De là, il ressort, semble-t-il, que pourrait (en Belgique, devrait, puisque la liste est une liste noire) être considéré comme abusif le fait pour un professionnel d'introduire une réserve d'agrément dans un bon de commande ou autre document qu'il soumet à la signature du consommateur de façon à ce que ce consommateur soit déjà irrévocablement engagé alors que le professionnel conserverait lui, en vertu de cette réserve d'agrément, la liberté d'être engagé ou de ne pas être engagé ; voy., en ce sens, Voy. E. DIRIX, " De bezwarende bedingen in de W.H.P. ", *R.W.*, 1991-1992, p. 568, n° 18 ; V. SIMONART, " La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations ", in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruylant, 1994, p. 83, n° 31 ; P. PICHAULT, « Vue sur le régime des clauses abusives dans la convention de courtage avec l'agent immobilier », *in La protection du consommateur*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2006, p. 63, n° 10 ; contra R. STEENNOT, « De totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst onder de nieuwe Wet consumentenkrediet », *D.C.C.R*., 2004, p. 5, n° 4, qui s'interroge quant à l'application de la sanction de la nullité dans une telle hypothèse, sanction de la nullité qui toutefois, selon nous, pourrait s'appliquer à la réserve d'agrément elle-même.

obligatoires portent le plus souvent sur les tarifs pratiqués, sur la description précise des services offerts et de leurs modalités ainsi que sur les droits légaux du consommateur.

Ces informations préalables peuvent prendre la forme de brochures ou de prospectus. Ainsi en va-t-il en matière de crédit à la consommation, de crédit hypothécaire, de voyages ou encore de time-sharing.

En matière de contrats à distance, les informations préalables seront fournies, du moins dans un premier temps, par tout moyen adapté à la technique de communication utilisée, par exemple sur le site web de l'opérateur de commerce électronique. Un support durable est, à un moment ou à un autre, requis.

13.- L'exigence d'un support durable.- En matière de contrats à distance, les informations les plus importantes ainsi que les clauses et conditions contractuelles doivent être communiquées au consommateur sur *un support écrit ou un autre support durable*. Le support durable est défini comme : « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (art. 2, f, de la directive 2002/65). Le support durable pourra consister en un courrier électronique stocké sur le disque dur de l'ordinateur du consommateur mais non en principe en une page web[22]. Il convient en effet d'assurer une certaine pérennité à l'information ainsi communiquée au consommateur.

La notion de support durable ne se confond pas avec l'exigence d'un acte sous seing privé, même électronique. S'il énonce les informations et droits légaux du consommateur ainsi que les clauses et conditions contractuelles, il n'est pas requis que ce support durable constate l'adhésion des parties au contrat par le biais de leur signature électronique.

En matière de contrats à distance portant sur des services financiers, les informations, clauses et conditions contractuelles sur support durable doivent en principe être transmises au consommateur en temps utile avant que celui-ci ne soit lié par un contrat ou par une offre (art. 5 de la directive 2002/65).

En matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, ces informations, clauses et conditions contractuelles déposées sur le support durable doivent en revanche être transmises au consommateur à titre de confirmation du contrat peu après sa conclusion (art. 5 de la directive 1997/7). Le consommateur pourra bien entendu contester l'application des clauses dont il n'a pas eu connaissance préalablement à l'émission de son consentement.

Il arrive que l'absence de communication ou la communication tardive des informations prédéfinies, clauses et conditions contractuelles soit sanctionnée tantôt par un droit de résiliation limité dans le temps tantôt par un report de la prise de cours ou un allongement du délai de rétractation. Pareille sanction revient en fait à prévoir une cause spécifique de nullité du contrat, mais strictement limitée dans le temps.

III.- Un consentement sain et éclairé

14.- L'intégrité du consentement du consommateur.- L'objectif de protection du consentement du consommateur est poursuivi non seulement par le biais de règles de forme mais également par le biais de règles de fond, tels le devoir d'information qui incombe au

[22] On lit dans le considérant (20) de la directive 2002/65 : « Les "supports durables" incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ils ne comprennent pas les sites Internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables ».

professionnel, la théorie des vices du consentement ou encore la prohibition des pratiques commerciales déloyales.

15.- Le devoir d'information et de conseil. – En sus, le cas échéant, de la communication des informations prédéfinies par certaines législations consuméristes, l'article 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce énonce, en écho au droit commun, une obligation générale d'information pour tous les contrats de consommation :« *Au plus tard au moment de la conclusion de la vente, le vendeur doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible* ».

Cette obligation générale d'information est civilement sanctionnée par le biais de la *culpa in contrahendo*, soit la responsabilité précontractuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil. La faute que constitue le manquement à l'obligation d'information donnera lieu à la réparation la plus adéquate du dommage qu'elle a causé dans le chef du consommateur. Cette réparation pourra consister dans l'octroi de dommages et intérêts à concurrence du préjudice subi. Si le dommage le justifie, la réparation la plus adéquate pourra également avoir lieu en nature par le biais de la réfaction du contrat ou de son annulation[23].

En matière de crédit à la consommation, les prêteurs sont non seulement tenus d'une obligation générale d'information en lien avec le contrat de crédit envisagé mais également de l'obligation de « rechercher dans le cadre des contrats de crédit qu'ils offrent habituellement ou pour lesquels ils interviennent habituellement, le type et le montant de crédit les mieux adaptés, compte tenu de la situation financière du consommateur au moment de la conclusion du contrat et du but du crédit » (art. 11 loi du 12 juin 1991). Le devoir de conseil du prêteur va jusqu'à lui imposer en Belgique de s'abstenir d'octroyer le crédit lorsqu'il apparaît déjà au moment de la demande de crédit que le consommateur ne sera pas en état d'honorer ponctuellement les échéances du crédit : « Le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, notamment sur la base de la consultation organisée par l'article 9 de la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des crédits aux particuliers, et sur la base des renseignements visés à l'article 10, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat » (art. 15 loi 12 juin 1991). La nouvelle directive en projet sur le crédit à la consommation se trouve à cet égard en retrait par rapport à la législation belge.

En principe, on l'a dit, l'indemnisation du dommage causé au consommateur par la faute du professionnel dans la phase précontractuelle obéit aux règles du droit commun, à savoir que le consommateur doit faire la preuve de l'existence et du montant du préjudice subi en lien causal avec la faute du professionnel, un partage de responsabilité n'étant d'ailleurs pas exclu lorsque le consommateur a lui-même commis une faute, fait preuve d'imprudence ou d'imprévoyance.

Il arrive cependant que la loi facilite l'indemnisation du consommateur en prévoyant des sanctions spécifiques pour le professionnel. Ainsi, en matière de crédit à la consommation, le prêteur, qui a octroyé un crédit au consommateur alors qu'il aurait dû s'abstenir en raison de la situation financière de ce consommateur ou qui l'a mal conseillé quant au type de crédit alloué, se verra privé de tout ou partie des intérêts du crédit sans que le consommateur n'ait à démontrer son préjudice (art. 92 loi 12 juin 1991).

---

[23] M. VANWIJCK, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation du contrat », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, p. 83, n° 47.

16.- La théorie des vices de consentement. **–** Le droit des obligations et notamment la théorie des vices du consentement sont applicables aux contrats de consommation. Le contrat pourra être annulé si le consentement du consommateur a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence. Par suite de l'annulation, les choses seront remises dans leur pristin état. Si le contrat a déjà été exécuté, son annulation donnera lieu à des restitutions de part et d'autre.

En sus de l'annulation du contrat, la partie victime du vice de consentement pourra, si le vice procède d'une faute de l'autre partie, obtenir à sa charge des dommages et intérêts, cela dans la mesure où l'annulation du contrat n'est pas de nature à réparer tout le préjudice subi. Elle se fondera pour ce faire sur la responsabilité précontractuelle ou théorie de la *culpa in contrahendo*.

17.- La prohibition des pratiques commerciales déloyales.- En marge de la théorie de la *culpa in contrahendo* et de la théorie des vices de consentement, la directive européenne 2005/29 – transposée en Belgique au sein de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce – prohibe les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs. La notion de pratiques commerciales y est entendue largement et ne concerne pas uniquement les pratiques qui s'inscrivent dans la phase précontractuelle ; sont également concernées les pratiques déloyales relatives à l'exécution du contrat. Pour faire bref et au risque d'une simplification abusive, nous dirons que cette législation vise à lutter contre les pratiques commerciales susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur, sa décision ou, s'agissant de la conclusion d'un contrat, son consentement.

Les trois notions de pratiques commerciales déloyales, trompeuses et agressives y font l'objet de définitions générales, pourvues de nombreux éléments constitutifs et empreintes de subtiles nuances, que le cadre limité de la présente contribution ne nous permet pas d'envisager. Aux côtés de ces définitions générales à large spectre, mais requérant un certain nombre d'éléments constitutifs, il existe une liste noire de pratiques déterminées qui en toutes circonstances doivent être considérées comme trompeuses ou agressives à l'égard des consommateurs. Dès lors qu'elle entre dans le champ de l'une des définitions génériques de la loi ou qu'elle se trouve reprise dans la liste noire, une pratique commerciale donnée pourra faire l'objet d'une action en cessation.

Sous l'angle du droit des obligations, nombre de pratiques commerciales trompeuses ou agressives pourraient déjà être sanctionnées par la nullité du contrat sur le fondement de la théorie des vices de consentement ou par l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de la *culpa in contrahendo*.

La loi belge de transposition de la directive 2005/29 y adjoint une sanction civile spécifique, qui s'apparente à une véritable peine privée. Lorsque le contrat a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale, le juge peut – dans la plupart des cas, il dispose d'un pouvoir d'appréciation - ordonner le remboursement au consommateur des sommes payées sans restitution de sa part du produit livré ou du service fourni (art. 94/14, § 2, L.P.C.). Cette sanction s'apparente à la nullité du contrat avec la particularité cependant que le consommateur n'est pas tenu de restituer les prestations obtenues en exécution du contrat. Par là, la loi sur les pratiques commerciales déloyales vient compléter la théorie des vices de consentement en aménageant au bénéfice du consommateur la sanction de la nullité. Cette législation s'écarte aussi des principes de la responsabilité précontractuelle en ce que la sanction spécifique qu'elle institue ne doit pas être justifiée par la hauteur du dommage subi.

IV.- L'octroi d'un droit de renonciation

18.- Notion. - Une autre technique de protection du consommateur consiste à lui octroyer un droit de renonciation, encore appelé droit de rétractation, soit la faculté de renoncer au contrat dans un bref délai déterminé par la loi[24].

Les hypothèses dans lesquelles un droit de renonciation existe ont tendance à se multiplier, que cette technique de protection soit d'origine communautaire (contrats à distance portant ou non sur des services financiers, contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, time-sharing, bientôt crédit à la consommation) ou d'origine purement belge (courtage matrimonial, courtage immobilier, crédit à la consommation). Encore ces hypothèses sont-elles assorties d'un certain nombre d'exceptions parfois importantes.

Lorsque ce droit existe, le consommateur dispose de la faculté, strictement limitée dans le temps, de retirer son consentement. A l'image de la sanction de la nullité, l'exercice du droit de renonciation emporte anéantissement du contrat et restitution des prestations qui auraient déjà été prestées de part et d'autre.

Alors que la sanction de l'annulation du contrat ne peut intervenir que pour les motifs admis par la loi et doit en principe être prononcée par justice, le droit de renonciation s'exerce unilatéralement par le consommateur et de façon discrétionnaire, sans qu'il soit tenu d'en communiquer les motifs. Ce droit discrétionnaire ne peut être assorti d'aucune pénalité, ni même d'une indemnité pour la perte du gain escompté par le professionnel.

19.- Raison d'être. – La raison d'être du droit de renonciation varie selon les domaines. En matière de contrats conclus en dehors des établissements commerciaux (démarchage, foires commerciales, …), il s'agit de remédier au fait que le consommateur a pu se trouver surpris et pris au dépourvu en présence d'un vendeur qui a pris l'initiative de la négociation et a pu se montrer très insistant (cf. les considérants de la directive 1985/577). Certes, la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales vise notamment à interdire les pratiques commerciales agressives, s'agissant par exemple des pratiques qui consistent à « donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu » ou à « effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le vendeur quitter les lieux ou de ne pas y revenir ». Cependant, toute attitude persuasive du vendeur ne tombe pas sous le coup de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Aussi bien, n'est pas toujours applicable la sanction spécifique prise par la loi belge de transposition de cette directive, à savoir la possibilité pour le consommateur d'obtenir par décision de justice le remboursement des sommes payées tout en étant admis, au contraire de ce qui a lieu en cas d'exercice du droit de renonciation, à conserver le bien ou le service livré (art. 94/14, § 2, L.P.C.). Au demeurant, l'exercice de la faculté de renonciation, qui a lieu sans recours préalable à justice, ne requiert, on l'a dit, aucune justification dans le chef du consommateur, qui n'a donc pas besoin pour l'exercer d'exciper d'une quelconque faute ou déloyauté dans le chef du vendeur.

En matière de contrats à distance portant sur des biens meubles corporels, le législateur a été sensible au fait que lorsqu'il passe commande, le consommateur n'a pas la possibilité de voir *in concreto* le bien, ni partant de l'appréhender matériellement ou de le voir autrement qu'en photo (cf. considérant n° 14 de la directive 1997/7). Nonobstant le descriptif qui lui a été communiqué au préalable, il pourrait donc être surpris lorsqu'il découvre le bien qu'il a commandé.

---

[24] Au sujet du droit de renonciation, voy. spéc. la thèse de doctorat défendue par E. TERRYN, *Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Intersentia, 2007, 600 p., qu'il ne nous a malheureusement pas été possible de nous procurer auprès de l'éditeur.

En matière de contrats à distance portant sur des services autres que des services financiers, la directive 1997/7 justifie l'octroi d'un droit de renonciation par le fait que le consommateur « n'a pas la possibilité *in concreto* … de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat » (considérant n° 14). L'on peut cependant s'étonner de cette justification dès lors qu'en matière de contrats à distance, les « informations » préalables à communiquer portent notamment et précisément sur les caractéristiques du service[25].

En matière de contrats à distance portant sur des services financiers, l'existence d'un droit de renonciation n'est pas autrement motivée que par la seule considération de la protection optimale du consommateur (considérant n° 23 de la directive 2002/65).

Il est des secteurs où le droit de renonciation a lieu de s'appliquer abstraction faite de la technique de commercialisation utilisée et du mode de conclusion du contrat. En matière de time-sharing et de crédit à la consommation, la raison d'être du droit de renonciation est de donner la possibilité au consommateur de bien réaliser ce à quoi il s'est engagé et, le cas échéant, de continuer après la conclusion du contrat à prospecter le marché pour trouver une meilleure offre (cf. not. la considérant n° 11 de la directive 94/47). Le même souci de lutter contre les engagements impulsifs semble bien justifier l'octroi d'un droit de renonciation purement belge en matière de courtage immobilier et de courtage matrimonial.

20.- Effet pervers.- La multiplication des cas dans lesquels un droit de renonciation existe a pour conséquence une déresponsabilisation des consommateurs au moment de contracter. Il arrive même que certains consommateurs s'imaginent à tort qu'ils bénéficient en toutes hypothèses d'un droit de renonciation.

Ces consommateurs ne comprennent que dans les cas où ce droit de renonciation n'existe pas, par exemple en cas de commande d'un véhicule automobile ou de meubles meublants effectuée dans l'établissement du vendeur, leur retrait de la commande se solde par le paiement d'un dédommagement au vendeur. C'est que pour les contrats de consommation pour lesquels il n'existe pas de droit de renonciation, l'attention du consommateur ne doit pas en principe être attirée préalablement sur l'absence d'un tel droit.

21.- Information.- Encore voit-on poindre en certains domaines l'obligation d'avertir le consommateur de l'absence de droit de renonciation. Ainsi, en matière de services financiers à distance, lorsque par exception le consommateur ne bénéficie pas du droit de renonciation, s'agissant par exemple de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier ou, en Belgique, des crédits hypothécaires immobiliers, la directive 2002/65 impose d'avertir au préalable le consommateur de l'absence de droit de renonciation (art. 3, 1, 3°). En matière de contrats à distance, lorsque par exception le consommateur ne bénéficie pas d'un droit de renonciation - s'agissant par exemple de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés, s'agissant par exemple aussi de la réservation à distance de nuitées d'hôtels, de titres de transports et même d'une location à distance d'un véhicule automobile sans chauffeur[26] -, la loi belge, mais non la directive 97/7 , impose la même mention préalable de l'absence du droit de renonciation (art. 78, 6°, L.P.C.).

Ce n'est point uniquement l'information au sujet de l'absence de droit de renonciation qui est importante mais également l'information au sujet de l'existence d'un tel droit lorsqu'il existe. C'est ainsi que les législations qui prévoient un tel droit imposent au professionnel de communiquer au consommateur l'existence du droit de renonciation ainsi que ses modalités

---

[25] Voy. aussi en ce sens, s'agissant des services financiers à distance, R. STEENNOT, « Libre marché et réglementations contraignantes: le cas de la protection du consommateur en Europe », *in Le Marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation*, à paraître in Actes du premier Colloque DAVID-CONSTANT, Bruylant, 2007.

[26] Pour cette dernière exclusion, voy. C.J.C.E, 10 mars 2005, C-336-03, easyCar.

d'exercice, le cas échéant « en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page » (art. 79 L.P.C. s'agissant des contrats à distance ne portant pas sur des services financiers ; art. 88 L.P.C. s'agissant des contrats conclus en dehors de l'établissement du vendeur).

22.- Régime.- Le régime du droit de renonciation est loin d'être unifié même en droit communautaire. C'est cependant là un des objectifs poursuivis par le livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.

En Belgique, le délai d'exercice de cette faculté varie, selon les cas, de 7 jours ouvrables à 14, 15 ou 30 jours calendrier. Il en est de même de son point de départ qui, sans prétendre à l'exhaustivité, débute tantôt le jour de (ou le lendemain du jour de) la conclusion ou de la signature du contrat, tantôt le jour où (ou le lendemain du jour où) le consommateur a reçu les clauses contractuelles et informations légales sur support durable (avec parfois alors un délai maximum), tantôt le lendemain du jour de la réception des biens meubles corporels acquis à distance.

L'exercice du droit de renonciation a pour effet d'anéantir le contrat et emporte en conséquence restitution de ce qui aurait déjà été presté ou payé en vertu de celui-ci. Aucune pénalité, ni indemnité ne peut être mise à charge du consommateur. En matière de contrats à distance, il doit cependant supporter les frais directs de renvoi du bien.

En matière de contrats à distance portant sur des services financiers ou en matière de crédit à la consommation, le consommateur doit également, en sus du remboursement des sommes qu'il aurait perçues du professionnel, par exemple du prêteur, supporter la portion de prime ou la portion d'intérêts afférents à la période pendant laquelle il a effectivement bénéficié du service financier ou du crédit à la consommation.

23.- Interdiction d'exiger un paiement avant l'écoulement du délai de renonciation.- Pour assurer l'effectivité du droit de renonciation, celui-ci est parfois couplé avec l'interdiction d'exiger un paiement du consommateur avant l'expiration de ce délai.

Ainsi en va-t-il en droit belge en matière de contrats à distance portant sur des biens meubles corporels. En ce cas, le délai de renonciation de 7 jours ouvrables commence à courir à compter du lendemain de la *livraison* de sorte que le vendeur ne peut *exiger* un quelconque paiement ni lors de la commande, ni même lors de la livraison (art. 80, § 3, L.P.C.). Encore toutefois la législation belge n'interdit-elle pas pour de tels contrats à distance de *simplement proposer* au consommateur, parmi plusieurs modes de paiement dont l'un au moins aura lieu à l'issue du délai de renonciation, un paiement lors de la commande ou de la livraison. La loi belge laisse en outre la porte ouverte à l'adoption d'un arrêté d'exécution permettant au vendeur d'exiger un paiement anticipé à certaines conditions ; l'on songe notamment à un système de cautionnement ou de blocage transitoire des sommes[27].

Ainsi en va-t-il aussi en droit belge en cas de démarchage au domicile du consommateur sans invitation préalable de sa part. En ce cas, le délai de renonciation de 7 jours ouvrables commence à courir à dater du lendemain de la *signature* du contrat. Le vendeur *ne peut exiger, ni même là simplement proposer voire accepter* une quelconque paiement avant

[27] Voy. l'exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1 - 2051/1, p. 30 : « ... le même article prévoit que l'interdiction d'exiger des paiements préalables du consommateur avant la fin du délai de renonciation pourra être levée pour les vendeurs qui présenteront des garanties de remboursement dans le cadre d'un système répondant à des critères prévus par le Roi. Un système de cautionnement, de blocage transitoire des sommes versées, d'assurance ou de labellisation assurant un gage de qualité - notamment des sites de commerce électronique - pourrait ainsi être défini par le Roi. Le but est de garantir un remboursement facile et rapide des sommes versées ».

l'expiration du délai de renonciation. Contrairement à ce qui a lieu en matière de contrats à distance, le vendeur ne doit cependant pas prendre le risque de livrer sans avoir perçu un acompte ou paiement préalable ; dès lors que le point de départ du délai de renonciation prend cours à dater du lendemain de la signature du contrat, il peut en effet postposer la livraison à l'expiration de ce délai et la rendre concomitante au paiement. S'il s'agit d'un contrat de service, il lui est d'ailleurs légalement interdit d'effectuer une quelconque prestation de service avant l'écoulement du délai (art. 89 L.P.C.).

Ainsi en va-t-il encore, même en droit communautaire, en matière de time-sharing, où la directive 1994/47 *interdit d'exiger, de proposer ou d'accepter tout paiement d'avances par le consommateur* avant l'expiration du délai de rétractation. La nouvelle proposition de directive (*cf.* COM (2007) 303 final) maintient, en son état actuel, cette interdiction de paiement anticipé, en prohibant expressément aussi, avant l'écoulement du délai de renonciation, « la constitution de garanties, la réservation d'argent par carte de crédit, les reconnaissances explicites de dettes ou toute autre rémunération du professionnel ou d'un tiers par le consommateur ». Il s'agit d'éviter que le consommateur, qui exerce son droit de renonciation, ne doive faire face à des formalités en vue de son remboursement, ce qui serait de nature à le dissuader d'exercer son droit de renonciation.

Dans d'autres domaines, il n'existe pas d'interdiction d'exiger un paiement dans le chef du consommateur avant l'expiration du délai de renonciation. Tel est le cas dans la législation sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

V.- La prohibition des clauses abusives

24.- Le contexte.- La directive 93/13 sur les clauses abusives a été transposée en droit belge aux articles 31 et suivants de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.)[28].

Cette législation s'inscrit dans le contexte de l'utilisation par les professionnels de clauses préétablies, encore appelées conditions générales, pour encadrer les contrats standard qu'ils concluent avec une multitude de clients ou de fournisseurs. En pratique, ces conditions générales sont le plus souvent prérédigées unilatéralement par le professionnel ; elles sont à prendre ou à laisser et ne font pas l'objet d'une négociation avec le cocontractant, du moins lorsque ce dernier ne dispose pas du poids économique suffisant. La tentation est donc grande pour le professionnel d'imposer à son cocontractant des clauses prérédigées particulièrement draconiennes et déséquilibrées.

La législation sur les clauses abusives vise à lutter contre ce type de déséquilibre mais dans les seuls contrats de consommation. Elle vient s'ajouter au droit interne des obligations et des contrats en général, qui, abstraction faite de la qualité des parties, règle la question dite de l'opposabilité des conditions générales ainsi que le régime de certaines clauses, telles les clauses pénales ou les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. La législation sur les clauses abusives vient en outre en complément des législations spécifiques de protection (crédit à la consommation, vente et garantie des biens de consommation, …) qui, dans le cadre limité de leur champ d'application, tantôt prohibent en termes généraux les clauses qui ont pour effet de diminuer la protection impérative qu'elles confèrent à la partie dite faible, tantôt prohibent certaines clauses qu'elles désignent.

[28] Il est à noter que la directive 93/13 a fait l'objet d'une transposition spécifique pour les contrats conclus par les titulaires de professions libérales avec leurs clients consommateurs. L'on se référera à cet égard à la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

25.- Une définition générale et une liste noire.- Comme il en va dans la directive 93/13, la législation belge en matière de clauses abusives recourt tout à la fois à technique de la définition générale (art. 31 L.P.C.) et à celle de la liste (art. 32 L.P.C.). Cependant, à la différence de la liste annexée à la directive, qui n'est qu'une liste indicative de clauses abusives, la liste énoncée à l'article 32 de la loi sur les pratiques du commerce est une liste noire, soit une liste de clauses qui, en toutes circonstances, doivent être considérées comme abusives et partant nulles et interdites.

En conséquence, en droit belge, une clause sera considérée comme abusive - et partant nulle et interdite - soit si elle répond à la définition générale des clauses abusives, soit si elle est énumérée dans la liste noire.

26.- Clauses négociées ou non.- Contrairement à la directive 93/13, qui ne concerne que les seules clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle, le régime général des clauses abusives s'applique également en Belgique aux clauses négociées et ce, qu'il s'agisse de la définition générale ou de la liste noire[29].

On s'éloigne ainsi quelque peu du contexte dans lequel la théorie des clauses abusives est née, à savoir celui des conditions générales préétablies par le professionnel. Est ainsi privilégiée la seule question du caractère équilibré des clauses dans les contrats de consommation.

27.- Le déséquilibre visé à travers la définition générale.- Au sens de l'article 31, § 1er, de la loi sur les pratiques du commerce, « il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ».

Tout déséquilibre, même manifeste, au préjudice du consommateur n'est pas appréhendé. A l'instar de la directive, la loi précise : « L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les produits ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible » (art. 31, § 2, al. 2).

Le déséquilibre entre la prestation promise et le prix n'est donc pas visé par la théorie des clauses abusives. Il faut certes réserver le cas où les clauses relatives à l'objet même du contrat ou à son prix ne sont pas rédigées de manière claire et compréhensible. Mais, mis à part cette réserve dont la portée n'apparaît pas clairement, la théorie des clauses abusives n'a pour objet de remédier au déséquilibre entre les prestations réciproques.

Le principe de droit des obligations selon lequel « la lésion ne vicie pas les conventions » (art. 1118 C. civ.) n'est pas remis en cause par la théorie des clauses abusives. Pour être complète, nous préciserons cependant que le droit belge – du moins une partie de la doctrine et de la jurisprudence - admet la théorie de la lésion qualifiée. A la différence de la simple lésion qui ne vicie pas le consentement, la théorie de la lésion qualifiée vise le cas où le déséquilibre entre les prestations réciproques procède d'un abus de l'infériorité de l'autre partie, s'agissant par exemple d'un abus de son ignorance, de sa faiblesse ou de ses besoins[30].

Loin d'être un déséquilibre économique entre les prestations qui sont au cœur de la convention, le déséquilibre appréhendé par la théorie des clauses abusives est un déséquilibre

---

[29] S'agissant des contrats conclus par les titulaires de professions libérales avec leurs clients consommateurs, il est à noter cependant que la loi précitée du 2 août 2002 cantonne, comme la directive, la définition générale des clauses abusives aux seules clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle. La liste noire édictée par la loi du 2 août 2002 concerne néanmoins tant les clauses qui ont été négociées que celles qui ne l'ont pas été.

[30] Voy. C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 6-41.

juridique qui concerne les clauses dites périphériques de la convention. L'exemple topique est celui dans lequel le professionnel aurait inclus une clause d'exonération de responsabilité à son profit s'il ne s'exécute pas ou ne s'exécute pas correctement tout en insérant en revanche des pénalités importantes pour le cas où le consommateur ne respecterait pas en tous points la convention intervenue.

Le déséquilibre qui caractérise la notion générale de clause abusive doit en outre être « manifeste » ou, au sens de la directive, « significatif », ce qui apparaît comme un écho au concept de *marginale toetsing* ou d'appréciation marginale du juge[31]. Une clause simplement désavantageuse pour le consommateur n'est pas nécessairement une clause abusive.

Ainsi que le commande la directive, le juge tiendra compte, pour apprécier l'existence d'un déséquilibre manifeste au préjudice du consommateur, « de la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat » comme il se référa « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend » (art. 31, § 3, al. 1er, L.P.C.). Contrairement à ce qui a lieu pour les clauses abusives reprises dans la liste, qui en Belgique, on l'a dit, est une liste noire, l'appréciation du caractère abusif d'une clause au sens de la définition générale de la notion est une appréciation circonstanciée, eu égard notamment à la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat et aux circonstances qui ont entouré sa conclusion. C'est en raison notamment de cette appréciation circonstanciée que la Cour de justice des communautés européennes a refusé, à deux reprises au moins, de se prononcer sur le caractère abusif ou non d'une clause donnée[32] [33].

Au contraire de ce qui a lieu pour les clauses abusives énumérées dans la liste noire, du moins lorsqu'elles sont désignées en termes suffisamment précis, l'appréciation du caractère abusif d'une clause au sens de la définition générale est donc affaire de circonstances, qui donne lieu à un pouvoir d'appréciation important du juge. Il en résulte un problème évident de sécurité juridique.

28.- La sanction des clauses abusives.- La loi belge énonce la sanction de la nullité de toute clause abusive (art. 33 L.P.C.). Il s'agit d'une nullité partielle, qui ne frappe que les seules clauses abusives. Dès lors qu'il peut *objectivement* subsister sans celles-ci - ce qui sera généralement le cas puisque la notion de clause abusive ne concerne ni l'objet, ni le prix - le contrat demeure intact pour le surplus. La clause ayant été annulée, la question qu'elle réglait sera soumise aux normes légales supplétives du droit interne belge. La sanction est la nullité et non la réfaction du contrat par le juge. Le juge ne peut donc pas réécrire la clause de façon à en extirper les éléments qu'il considère comme abusifs.

---

[31] Voy. S. STIJNS, « De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998 », *R.D.C.*, 2000, p. 153, n° 14 ; P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, p. 801, n° 10.

[32] C.J.C.E., 1er avril 2004, C-237/02, Freiburger Kommunalbauten ; C.J.C.E., 26 octobre 2006, C.-168/05, Mostaza Claro.

[33] Dans le fameux arrêt Océano Grupo, la Cour de justice n'avait cependant pas hésité à juger que peut être considérée comme abusive la clause qui a pour objet de conférer compétence, pour tous les litiges découlant du contrat, à la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège du professionnel ; pareille clause fait en effet peser sur le consommateur l'obligation de se soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile, ce qui est susceptible de rendre sa comparution plus difficile. Dans le cas de litiges portant sur des sommes limitées, les frais afférents à la comparution du consommateur pourraient se révéler dissuasifs et conduire ce dernier à renoncer à tout recours judiciaire ou à toute défense (C.J.C.E, 27 juin 2000, 240/98, Océano Grupo Editorial).

Cette nullité a été prévue au bénéfice du consommateur ; elle ne peut donc pas être invoquée, à supposer qu'il y ait intérêt, par le professionnel lui-même. Bien que cette nullité ait été prévue au profit du seul consommateur, elle pourra être soulevée d'office par le juge dans le respect des droits de la défense ; il s'agit là tout à la fois d'une application de l'arrêt Océano Grupo rendu par la Cour de justice des communautés européennes et de la conception factuelle de la cause admise par la Cour de cassation belge[34].

Le fait que le législateur belge ait choisi la sanction de la nullité, mais limitée à la seule clause abusive, plutôt que la sanction de la clause réputée non écrite[35] ou la sanction « ne lie pas »[36] prévue par la directive ne fait pas obstacle, selon nous, à ce que le consommateur soulève amiablement, sans passage préalable par justice, le caractère abusif de la clause que le professionnel prétend lui opposer[37].

L'on ajoutera que le professionnel qui utilise des clauses abusives ou l'association professionnelle qui recommande à ses membres l'utilisation de clauses abusives peut faire l'objet d'une action en cessation à l'initiative notamment du ministre qui a les affaires économiques dans ses attributions, d'une association de consommateurs, ou d'un (autre) groupement professionnel ou interprofessionnel (art. 95 et 98 L.P.C.).

29.- L'exigence de clarté et de lisibilité.- En marge de la notion de clause abusive, la législation communautaire et belge sur les clauses abusives impose une exigence de clarté et de lisibilité : « Lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible » (art. 31, § 4, L.P.C.). Les clauses malaisément compréhensibles par le consommateur ne sont cependant pas considérées comme des clauses abusives. Il en résulte que la sanction n'est pas leur nullité pure et simple.

Le défaut de clarté et de lisibilité d'une clause sera en principe simplement sanctionné par le biais de la règle de « l'interprétation la plus favorable au consommateur », cela « en cas de doute sur le sens de la clause » (art. 31, § 4, L.P.C.). Or, il se pourrait que des clauses, certes malaisément compréhensibles pour un consommateur, ne soient susceptibles que d'une seule interprétation de sorte qu'il n'y a pas de doute sur le sens de la clause.

Une seconde sanction est prévue pour le cas où la clause malaisément compréhensible concerne le prix ou l'objet du contrat. En l'absence de clarté et de lisibilité des clauses relatives au prix et à l'objet du contrat, le déséquilibre dont question dans la définition générale des clauses abusives pourra concerner aussi, par exception, l'adéquation entre le prix d'une part et le service ou la prestation promise d'autre part (art. 31, § 3, al. 2, L.P.C.). Nous ne connaissons pas personnellement de cas d'application.

En marge de la législation sur les clauses abusives, précisons encore, si besoin en est, qu'en vertu du droit interne des obligations, applicable quelle que soit la qualité des parties, les clauses illisibles ou absolument impossibles à comprendre seront écartées pour la raison qu'elle n'ont pu faire l'objet du consentement de la partie à laquelle on prétend les « opposer ».

---

[34] *Cf. supra* n° 8.

[35] Au sujet de la clause réputée non écrite, voy. P. WERY, « Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale », in *Liber Amicorum Michel COIPEL*, Kluwer, 2004, p. 478 et s., n° 12 et s.

[36] La choix par le législateur belge de la sanction de la « nullité » plutôt que la sanction « ne lie pas » prévue dans la directive est critiqué par S. STIJNS, « Zijn onrechtmatige bedingen nietig ? », in *Liber Amicorum Yvette MERCHIERS*, Die Keure, 2001, p. 935, n° 29 et s.

[37] Voy. C. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation - Présentation générale », in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, C. BIQUET-MATHIEU et P. WERY (éd.), La Charte, 2005, p. 91, n° 73

30.- L'obligation de recourir à des contrats-types ou des clauses-types imposés par le pouvoir exécutif.- « En vue d'assurer l'équilibre des droits et obligations entre les parties dans les ventes de produits ou services au consommateur ou en vue d'assurer la loyauté des transactions commerciales », la loi réserve la possibilité au pouvoir exécutif de prendre un arrêté, pour les secteurs d'activité commerciale ou les catégories de produits et de services qu'il détermine, en vue de « prescrire ou interdire l'usage de certaines clauses dans les contrats de vente au consommateur. Il peut aussi imposer l'utilisation de contrats-types ». La Commission des clauses abusives et le Conseil supérieur des Classes moyennes doivent au préalable être consultés (art. 34 L.P.C.).

Ainsi, en matière de vente de véhicules neufs, un arrêté royal du 9 juillet 2000 détermine les informations essentielles et les conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande afférent à de tels véhicules. De même, en matière de courtage matrimonial, un arrêté royal du 18 novembre 2005 impose-t-il de recourir à contrat-type dont il détermine le modèle. L'on mentionnera également, en matière de courtage immobilier, l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers.

31.- L'obligation de recourir à des clauses-types négociées dans le cadre d'un accord de consommation.- Comme on l'a dit précédemment[38], la législation belge vient d'intégrer la notion d'accords de consommation, soit des accords conclus à l'unanimité au sein du Conseil de la consommation entre les organisations de consommateurs et les organisations professionnelles (art. 94quinquies et s. L.P.C.).

Il est prévu qu'un accord de consommation puisse notamment avoir pour objet - mais alors après que l'avis de la Commission des clauses abusives a été sollicité - les conditions générales que les professionnels d'un secteur donné utilisent dans les contrats qu'ils concluent avec les consommateurs. L'on serait alors en présence de conditions générales négociées entre les organisations de consommateurs et les organisations professionnelles et qui s'imposeraient aux membres de ces organisations voire à tous les professionnels d'un secteur donné. Ce nouveau dispositif, tout récent et sujet à controverse, n'a pas encore été concrétisé.

*

* *

32.- En guise de conclusion.- Le régime juridique des contrats de consommation se caractérise par son éclectisme tant en droit belge qu'en droit communautaire. Au niveau européen, parallèlement à la réflexion sur l'harmonisation du droit des contrats en général, est entamée une réflexion sur l'harmonisation de l'acquis communautaire en matière de contrats de consommation. Dès lors cependant qu'en filigrane, chacun des Etats membres possède sa propre tradition juridique quant au droit des obligations et des contrats en général, l'harmonisation, même totale, de certains aspects régissant les contrats de consommation n'en demeurera pas moins incomplète. L'on songe spécialement au dispositif qui permet d'annuler les clauses contractuelles dites abusives alors que le régime de base, applicable en cas de silence des parties ou en cas d'annulation de la clause convenue, n'est pas (encore) harmonisé.

Pour le surplus, le développement du droit de la consommation va de pair avec une réglementation de plus en plus prégnante, l'avènement de catégories juridiques incertaines et un recours accru aux normes ouvertes soumises à un important pouvoir d'appréciation des

[38] *Cf. supra* n° 3.

juges. Le droit des contrats de consommation n'en est qu'à une des étapes de son cheminement. Il ne peut que tendre vers plus de cohérence et de sécurité juridique.